

Elisangela Melo Reghelin

DIREITO PENAL DA PERIGOSIDADE EM DELITOS SEXUAIS

Curitiba
Juruá Editora
2018

Visite nossos *sites* na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
 e-mail: editora@jurua.com.br

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Jurua Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

ISBN: 978-85-362-7739-4



Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
 Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
 Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Reghelin, Elisangela Melo.

R334 Direito penal da perigosidade em delitos sexuais./
 Elisangela Melo Reghelin – Curitiba: Jurua, 2018.
 340 p.

1. Direito penal. 2. Delitos sexuais. I. Título.

CDD 345.05 (22.ed.)

CDU 344.2

BISAC LAW026000

000124

1110396

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	23
INTRODUÇÃO	29
1 – O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA PERIGOSIDADE PARA AUTORES DE DELITOS SEXUAIS GRAVES	33
1.1 APRESENTAÇÃO.....	33
1.2 DIREITO PENAL DE AUTOR: RESSURGIMENTO?	37
1.3 A TENDÊNCIA AO DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO CONSEQUÊNCIA CONTEMPORÂNEA.....	42
1.4 “ <i>BAD OR MAD</i> ”? O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E O “LIVRE-ARBÍTRIO” DIANTE DE SUAS PRÓPRIAS INSUFICIÊNCIAS	52
1.4.1 A Crise do Conceito de Culpabilidade Diante da Complexa Noção de Livre-Arbítrio e de sua Indemonstrabilidade	53
1.4.1.1 A indemonstrabilidade do chamado “livre- -arbítrio” e suas significações.....	53
1.4.1.2 Imputabilidade e possibilidade de motivação como limitações ao “livre-arbítrio”	54
1.4.1.3 A autodeterminação de fidelidade ao ordenamento jurídico como equivalente funcional à ideia do livre-arbítrio, em Jakobs	62
1.4.1.3.1 Posicionamento adotado diante do Princípio da Culpabilidade: o conceito de liberdade no sentido jurídico-penal.....	64
1.4.1.3.2 A culpabilidade como princípio reitor do Direito Penal e o resguardo da dignidade humana no caso da delinquência sexual	69

2 –	A PERIGOSIDADE CRIMINAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROGNÓSTICO, CRISE CONCEITUAL E POSSIBILIDADES	73
2.1	APRESENTAÇÃO: DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PERIGOSIDADE NO CENTRO DO DEBATE	74
2.2	PERIGOSIDADE CRIMINAL E LOUCURA: DE NOÇÕES CRIMINOLÓGICAS HISTÓRICAS À INOCUIZAÇÃO DO SUJEITO FACE À AUSÊNCIA DE “SEGURANÇA COGNITIVA”	75
2.3	DIAGNÓSTICOS DE PERIGOSIDADE E PROGNÓSTICOS DE REINCIDÊNCIA: DOS MECANISMOS DE GESTÃO ATUARIAL DE RISCOS (“ <i>RISK ASSESSMENT</i> ”) ÀS POSSIBILIDADES REAIS DE TRATAMENTO DO AUTOR DE DELITO SEXUAL GRAVE	80
2.3.1	Avaliação Clínica ou Mecanismos Atuariais (“ <i>Risk Assessment</i> ”)?	81
2.3.2	Argumentos Contrários ao Atuarialismo	86
2.3.3	Argumentos Favoráveis aos Mecanismos de “ <i>Risk Assessment</i> ”	88
2.4	A REINCIDÊNCIA EM DELINQUÊNCIA SEXUAL, METODOLOGIAS DE PESQUISA E ALGUNS MITOS	92
2.4.1	Estatísticas a Respeito de Reincidência em Delinquência Sexual	92
2.4.2	Vítimas e Pesquisas de Vitimização	94
2.4.3	Delinquentes Sexuais e Estereótipos	95
2.4.4	As Limitações das Pesquisas em Matéria de Reincidência nos Delitos Sexuais	99
2.4.5	Prognoses de Reincidência (Retrospectiva) em Agressores Sexuais na Cataluña, Espanha.....	105
2.5	EXCURSO: CONSIDERAÇÕES RELEVANTES ACERCA DO “ESTADO-DA-ARTE” SOBRE O TRATAMENTO MÉDICO E PSICOLÓGICO DE DELINQUENTES SEXUAIS GRAVES, ESPECIALMENTE NA ESPANHA, E SOBRE SUA EFICÁCIA.....	109
2.6	LIMITES AO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NO TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DO INDIVÍDUO IMPUTÁVEL PERIGOSO E A FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	119
2.6.1	Da Culpabilidade à Proporcionalidade: A Redefinição de Espaços Principiológicos	120

2.6.2	Crítica ao Princípio da Proporcionalidade em sua Concepção Legal Vigente.....	126
-------	--	-----

3 –	A MEDIDA DE SEGURANÇA COMO RESPOSTA À PERIGOSIDADE EM DELITOS SEXUAIS GRAVES: DO MODELO PADRÃO À INTERCAMBIALIDADE FUNCIONAL	131
3.1	APRESENTAÇÃO.....	131
3.2	DOS SISTEMAS MONISTA E DUALISTA CLÁSSICOS ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA	133
3.2.1	Considerações sobre o Sistema Monista	133
3.2.2	Considerações sobre o Sistema Dualista	138
3.3	A MEDIDA DE SEGURANÇA TRADICIONAL: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, PRESSUPOSTOS E EXECUÇÃO	142
3.3.1	Conceito e Natureza Jurídica da Medida de Segurança.....	142
3.3.2	Pressupostos de Aplicação: Leitura a partir dos Princípios Aplicáveis.....	144
3.3.2.1	Atendimento ao disposto pelo Princípio da Legalidade e interpretação do Princípio da Irretroatividade da Lei Penal mais Gravosa voltada ao caso em estudo	144
3.3.2.2	Avaliação quanto à (in)imputabilidade no caso concreto e não como categorização prévia de indivíduos.....	146
3.3.2.3	O caráter jurisdicional e a pós-delitividade como requisitos legitimadores.....	146
3.3.3	A Execução da Medida de Segurança Tradicional (Aplicável apenas a Inimputáveis e a Semi-Imputáveis) e sua Incidência em Relação a Autores de Delitos Sexuais Graves	149
3.3.3.1	A novidade da liberdade vigiada espanhola para inimputáveis e para semi-imputáveis, conhecida como “ordinária”	151
3.4	EXCURSO: A CONTROVERSA QUESTÃO DA DURAÇÃO MÁXIMA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA	154
3.5	NOVIDADES EM MEDIDAS DE SEGURANÇA: DO MODELO TRADICIONAL À INTERCAMBIALIDADE FUNCIONAL	159
3.5.1	A Insuficiência das Medidas de Segurança Tradicionais diante da Perigosidade do Imputável.....	160

3.5.2	A Intercambialidade Funcional como Tendência Internacional de Resposta ao Problema e seus Dilemas	164
3.5.2.1	A intercambialidade funcional e as medidas complementares à pena.....	167
3.5.2.2	Compatibilização de uma proposta de intercambialidade funcional entre penas e medidas à luz do Estado Democrático de Direito: a via dualista flexível	174
3.6	CONJUNTO PROPOSITIVO DE CRITÉRIOS VERIFICADORES DE LEGITIMIDADE APLICÁVEIS AOS INSTITUTOS PRIVATIVOS DE LIBERDADE.....	178
4 –	INSTITUTOS DE DIREITO COMPARADO PRIVATIVOS DE LIBERDADE PARADIGMÁTICOS DE INTERCAMBIALIDADE FUNCIONAL DESTINADOS AO AUTOR DE DELITO SEXUAL GRAVE.....	183
4.1	APRESENTAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO.....	183
4.2	A PENA RELATIVAMENTE INDETERMINADA PORTUGUESA (PRI).....	184
4.2.1	Considerações Gerais e alguns Aspectos Históricos e Constitucionais Acerca da PRI.....	184
4.2.2	Categorias e Pressupostos da PRI.....	188
4.2.2.1	O delinquente por tendência grave	188
4.2.2.2	O delinquente por tendência menos grave.....	189
4.2.3	A Colocação em Liberdade do Sujeito e os Problemas Decorrentes quanto à Controversa Natureza Jurídica do Instituto.....	190
4.2.4	PRI e Intercambialidade Funcional: Pena pela Culpa Agravada ou Medida de Segurança Disfarçada?	191
4.2.5	Considerações Finais.....	194
4.3	O MODELO DE “ <i>CIVIL COMMITMENT</i> ” NOS ESTADOS UNIDOS	196
4.3.1	Apresentação e Contextualização.....	197
4.3.2	Modelos Existentes de “ <i>Civil Commitment</i> ” nos EUA e suas Características Peculiares	200
4.3.2.1	Dos três exemplos como ponto de partida, às quatro legislações modelares.....	200
4.3.2.2	O estatuto histórico de Illinois – 1938.....	202
4.3.2.3	O estatuto histórico de Minnesota: do PPA – “ <i>Psychopathic Personality Act</i> ” de 1939 ao modelo atual	204

4.3.2.4	O estatuto de segunda geração de “ <i>civil Commitment: Sexually Violent Predators Act</i> ”, estado de Washington, 1990.....	208
4.3.2.5	O modelo contemporâneo do estado da Florida.....	213
4.3.3	Casos Emblemáticos que Envolveram o Instituto do “ <i>Civil Commitment</i> ”	216
4.3.3.1	O caso Kansas vs. Crane, em 2002.....	216
4.3.3.2	O caso Comstock e a recente legislação federal <i>Adam Walsh Child Protection and Safety Act</i> (AWA), 2006.....	218
4.3.4	O “ <i>Civil Commitment</i> ” e seus Problemas Pragmáticos Atuais	224
4.3.4.1	O alto custo e a falta de vagas nas unidades destinadas à internação civil compulsória	225
4.3.4.2	Critérios para o recrutamento e seleção dos internos e a problemática colocação dos mesmos em liberdade	227
4.3.4.3	Excurso: o estado da arte das ciências médicas e “psi”.....	229
4.3.5	Intercambialidade Funcional: Uma Leitura da Internação Civil a Partir do Caso Hendricks	232
4.3.6	A Posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos acerca do “ <i>Civil Commitment</i> ” ou “ <i>Preventive Detention</i> ”	242
4.3.6.1	O caso de “ <i>Civil Commitment</i> ” ou “ <i>preventive detention</i> ” envolvendo Alemanha e Estados Unidos, na visão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH	242
4.3.7	Considerações Finais.....	247
4.4	A CUSTÓDIA DE SEGURANÇA ALEMÃ: MAIS UM MODELO PARADIGMÁTICO DE INTERCAMBIALIDADE FUNCIONAL	250
4.4.1	Apresentação e Contextualização.....	251
4.4.2	Execução da Custódia: dos Pressupostos ao Prazo Máximo de Duração	253
4.4.3	Casos Concretos Atuais e Ilustrativos, e suas Considerações Jurídicas	257
4.4.3.1	O caso de M. e a Sentença de 17.12.2009, do TEDH.....	257
4.4.3.2	O caso de Albert Haidn e a Sentença de 13.01.2011, do TEDH	261

4.4.4	A “ <i>Sicherungsverwahrung</i> ” na Visão das Agências Internacionais	267
4.4.4.1	A análise dos casos concretos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH	267
4.4.4.2	Algumas considerações feitas pelo Conselho Europeu de Direitos Humanos a respeito da Custódia de Segurança alemã	270
4.4.5	A Intercambialidade Funcional da Custódia e a Fraude de Etiquetas	273
4.4.5.1	As propostas para a legitimação da Custódia de Segurança, pela própria Alemanha	279
4.4.6	Considerações Finais	284
5 –	POR UM DIREITO PENAL APLICÁVEL A AUTORES IMPUTÁVEIS DE DELITOS SEXUAIS GRAVES	289
	REFERÊNCIAS	299
	ANEXO – CÓDIGO PENAL ESPANHOL	323
	ÍNDICE REMISSIVO	327